法律移植——中国现当代法律文化生成的桥梁

Legal Transplantation——A Bridge to the Generation of Chinese Modern and Contemporary Legal Culture

范涛¹ 谢广利²

Tao Fan¹ Guangli Xie²

1.中共湖南省委党校 湖南行政学院法学部
中国·湖南 长沙 410006;

2.湖南湘军麓和律师事务所
中国·湖南 长沙 410006

1. Hunan Provincial Party School of the CPC
Law Department of Hunan Administrative College,
Changsha, Hunan, 410006, China;
2. Hunan Xiangjun Lu He Law Firm,
Changsha, Hunan, 410006, China

【摘要】法律移植作为法律传播与发展的重要方式,在当下法律全球化中扮演着重要的角色。论文立足于法律移植与法律文化两个不同纬度,探讨法律移植与中国法律文化之间的逻辑关系,藉此为法治中国的发展,提供一定的理论基础。

【Abstract】As the important way of legal dissemination and development, legal transplantation plays an important role in the current legal globalization. Based on the two different latitudes of legal transplantation and legal culture, this paper explores the logical relationship between legal transplantation and Chinese legal culture, thus providing a theoretical basis for the development of China ruled by law.

【关键词】法律移植;法律文化;法律全球化

【Keywords】legal transplantation; legal culture; legal globalization

【DOI】10.36012/emr.v1i2.597

1 引言

中国法律文化分为传统法律文化和现当代法律文化,论文所探讨的中国法律文化即为中国现当代法律文化。中国现当代法律文化的嬗变与法律移植是分不开的,19世纪以来法律移植孕育了中国现当代法律文化,而中国法律文化的生成又推动了法律移植的发展。

2 法律移植与法律文化的概念梳理

2.1 法律移植

法律移植是指一个国家或者地区对同一时期其他国家法律制度或者法律文化的吸收和扬弃。在鉴别、认同、调适、整合的基础上,引进、吸收、采纳、摄取、同化外国的法律(包括法律概念、技术、规范、原则、制度和法律观念等),使之成为本国法律体系的有机组成部分,为本国所用。

法律移植,是学界长期关注的热点,不同的学者对此持有不同的主张。英国学者认为,法律的发展主要得益于法律规则在不同法系或法律制度之间的移植,作为以规则形式存在的法律是自治的体系,独立于政治、经济和社会等力量的影响,法律移植是各国法律得以发展的重要方式之一。法国学者认为,移植之法很少能够在2个国家产生相同的行为和相同的效果,因为不同国家关于法律与非法律的界限不同,人们在回

应法律时往往要考虑非法律的因素,相同的法律在不同的社会环境下,对人们行为的影响也有所不同。

文章认为,当前有的学者关于法律的移植论述,仅仅局限在法律语境及内在逻辑的变化,忽视了一个国家在法律实践的复杂性和独特性。在本土文化上,过于侧重考查与目标国家文化的差异性,忽略了人类文明同一性的特质。还有的学者单方面看重法律规则的区别与不同,忽略了在不同文化背景下,人类文明中法律规则的共通性。仅着眼于维护本国文化的传统的完整性,忽视了在现代社会分化过程中,法律与社会的相对独立性,就现代法律而言,法律文化具有极强的独立性和系统性,法律移植也不是简单的一般意义上的文化传播和交流,而是一个国家或地区出于规则完善的需要,吸收借鉴其他国家先进法律文化的过程。

2.2 法律文化

文化作为人类长期进化发展到一定阶段的社会现象,是历史的积淀和升华。确切地说,文化属于上层建筑,虽然决定和依托于物质基础,但同时又独立于物质基础之上,它是能够被传承和发展的。比如,在一个国家或民族前进的过程中,人们可以发现该国的历史、地理、风土人情、传统习俗、生活方式、文学艺术、行为规范、思维方式、价值观念等,这是人们在进行交流时普遍认可的一种能够传承的意识形态。

所以说,法律文化的意义主要取决于作者的认识和理论前提,以及研究设定的价值目标。因此,文章认为,法律文化作为一种文化现象,是不同时期、不同区域相互交流、互相借鉴的所有关于法的制度形态文化和观念形态文化的总和^[1]。

3 19 世纪以来的法律移植

中国从 19 世纪以来进行了大量的法律移植,从法律制度到法律观念等方面都进行了广泛的移植,在法律移植的过程中主要分为 2 个时期,第一个时期是 1840 年鸦片战争后以救亡图存为目的“师夷长技以制夷”,开始学习西方的法律制度,到 1978 年改革开放前;第二个时期是 1978 年改革开放后的吸收借鉴世界各主要发达国家,适合中国国情的法律制度、法律观念。

3.1 19 世纪 40 年代至 20 世纪 70~80 年代的法律移植

1840 年鸦片战争后,一些有识之士逐渐认识到中国社会的落后不是器物的落后,而是国家的政治法律制度落后。故 1898 年戊戌变法之后,维新派提出变法图强,开国会、设议院,对社会的各个方面的政治法律制度都提出了变革的主张,但是戊戌变法最终破产。在内外交困的压力之下,逃亡西安的慈禧太后被迫一改祖宗之法不可变的论调,下令变法,并颁布谕旨“世有万古不易之常经,无一罔变之治法。……大抵法积则弊,法弊则更,要归于强国利民而已。……总之法令不更,锢习不破,欲求振作,当议更张。……各就现在情形,参酌中西政要,……当因当革,当省当并,或取诸人,或求诸己……各举所知,各抒所见”。从此,开启了大规模的修律活动,1905 年在立宪派的推动下,更是派出五大臣出洋考察西方各国的法律制度,同时,还发布上谕“著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例,按照变通情形,参酌各国法律,悉心考订,妥为拟议,务期中外通行,有裨治理”。通过考察、翻译及聘请世界专家等诸多措施,仿照日本明治维新的做法,在删订旧律的基础上,制定诸多的新法,如《钦定大清商律》《大清新刑律》《违警律》《钦定宪法大纲》《重大信条十九条》《大清民律草案》。

20 世纪初期的民国时期是中国近代史的开端,是新民主主义革命的开端。这个时代的主流,不仅有战乱,也有东西方文明的碰撞。在这个时代,中国众多杰出的法学学者和立法者们,出于对中国强盛的美好愿景,出于对实现中国现代化的不懈追求,他们对西方健全成熟的法律体系在中国能否落地生根则更为重视。1912 年辛亥革命之后,孙中山先生选择总统制,理由是要把“美利坚合众之制度,当为吾国它日之模范”,

因此,在《中华民国临时约法》中照搬美国三权分立的原则和组织机构设置。在其他立法中也将其奉为圭臬。例如,1930 年颁布实行的票据法“复取材于德、日、英、美之成法,至法国法中适合中国商情者,亦并收之”。

中华人民共和国建立初期,中国成为社会主义阵营的一个重要成员,中苏关系全面升温,为引进苏联法律制度提供了成熟的土壤和条件。在这种背景下,对苏联法律制度的学习与移植是全方位的,不仅从法学教育、法学研究及其法学观点,而且在立法技术、司法实践等方面,苏联的法制模式被大量运用到中华人民共和国法制建设的理论及实践中,同时,苏联法中重实体、轻程序的倾向也被中国法学界全盘接受。

3.2 1978 年改革开放后的法律移植

1978 年中国共产党十一届中央委员会第三次全体会议以后,全国人民代表大会启动大规模基本法律的立法工作。法律界和立法工作者在立法过程中,认真比较研究,积极探索实践,大胆移植了国际成文法中的许多规定。例如,1997 年施行《中华人民共和国刑事诉讼法》,就大量吸收了欧美西方国家提倡的无罪推定原则、当事人主义、以审判为中心的诉讼模式等先进理念。1999 年施行的《中华人民共和国合同法》,立足中国合同司法实践领域的特点,辅以《联合国国际货物买卖合同公约》为补充借鉴,汲取了大陆法系和英美法系国家关于买卖合同的有关规定和立法精神,颁布实施后,对调节中国经济活动发挥了重要作用,大大推进了中国法治现代化的进程。

4 中国法律文化的生成与法律移植

法律移植与法律文化是共生的关系。法律移植催生和形成新的法律文化,而法律文化的更新与转型推动法律移植。法律移植是一个动态的过程,成功的法律移植离不开与法律文化的互动。中国法律文化的成熟必将也要经历这个过程,在主动移植世界各国先进的法律制度的同时,将其本土化,使之在本国的土壤中生根发芽,结出中国法律文化之果。

5 结语

法律移植在当代世界法的现代化过程中扮演重要角色。无论是被动还是主动,法律移植都在一定程度上推动法律文化的发展。而主动的、有选择的法律移植更能够迅速促进法律文化的生成。中国法律文化渐趋成熟,不断朝着现代化的方向转型,从而使法律移植能够更加顺利地进行^[2]。

参考文献

- [1]何勤华.法的移植与法的本土化[M].北京:法律出版社,2001.
- [2]陶广峰.法律文化与中国法律文化现代化略论[J].市场周刊,2005(10):4-6.